

Le soutien bancaire du débiteur : privilège et principe de non-responsabilité

F. Macorig-Venier, professeure Toulouse 1 Capitole, CDA, EA 780

Le soutien bancaire du débiteur en difficulté est à l'évidence crucial – on n'imagine pas en pratique qu'il soit possible de s'en passer pour permettre la poursuite de l'activité et le redressement de l'entreprise en proie à des difficultés ou encore sa cession. Indispensable, ce soutien est également risqué pour le banquier, s'exposant à la fois au non-paiement et au risque de voir engager sa responsabilité pour soutien abusif. Ainsi le législateur n'a eu de cesse d'inciter les partenaires financiers à soutenir l'entreprise en difficulté : en les récompensant par l'octroi de privilèges, puis plus récemment en les faisant échapper en principe à la responsabilité pour soutien abusif. L'actualité révèle qu'il entend de nouveau utiliser la première arme sans écorner le principe de non responsabilité. Ces questions, qui apparaissent étroitement liées, concourent à auréoler le banquier d'un traitement de faveur et, partant, à le placer sinon en dehors de l'orbite du principe d'égalité, du moins à souligner les aménagements que ce principe d'égalité connaît dans un souci de protection du débiteur.

Si le principe, présent en droit commun, paraît hypertrophié en droit des procédures collectives, au point d'avoir été érigé en dogme, les meilleurs auteurs ont contribué à le démystifier. Michel Cabrillac avait écarté la qualification de principe au profit de simple règle, dont il soulignait avec brio qu'elle était relative et connaissait – déjà – peu d'applications véritables¹. La règle de l'égalité n'a jamais été absolue. Même avant 1985 elle connaissait des « aménagements ». La loi de 1985 a semblé dilater la règle de l'égalité. Toutefois, elle a œuvré en faveur de la protection du débiteur et renforcé ces aménagements par l'institution du « privilège de l'article 40 ». Le mouvement s'est amplifié ensuite. A cet égard, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 constitue assurément le texte le plus important. A été à la fois institué un nouveau privilège pour récompenser le soutien (notamment bancaire) apporté en phase amiable et énoncé un principe d'irresponsabilité pour les concours consentis à un débiteur placé (ensuite) en procédure judiciaire. Le Conseil constitutionnel saisi des dispositions fondant le privilège et le principe de non responsabilité a écarté le grief d'inconstitutionnalité.

Dans le premier cas, une atteinte au principe d'égalité au détriment des créanciers publics privés du bénéfice du privilège en cas de remise, était invoquée². Le Conseil constitutionnel rappela que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » et ajouta « *le législateur a institué le privilège contesté afin d'inciter les créanciers d'une entreprise en difficulté, quel que soit leur statut, à lui apporter les concours nécessaires à la pérennité de son activité ; qu'au regard de cet objectif, ceux qui prennent le risque de consentir de nouveaux concours, sous forme d'apports en trésorerie ou de fourniture de biens ou services, se trouvent dans une situation différente de celle des créanciers qui se bornent à accorder une remise de dettes antérieurement constituées ; qu'ainsi, le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité* »

S'agissant du principe de non responsabilité, qui avait suscité bien plus de critiques, le Conseil de constitutionnel l'a estimé conforme à la Constitution à la fois parce que la responsabilité des prêteurs n'était pas totalement supprimée mais simplement « aménagée » et en raison de l'objectif poursuivi : « lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises »³. Il

¹ M. Cabrillac, Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers, Mélanges Breton-Derrida, p. 31

² Lorsque l'article 40 de la loi de 1985 avait été soumis au Conseil constitutionnel, c'est le principe de non rétroactivité des lois qui avait été invoqué, les droits réels d'hypothèque et de gage consentis avant la loi se trouvant anéantis par celle-ci. Le Conseil constitutionnel estima que l'article 40 n'aboutissait pas à leur suppression, mais à leur simple diminution (Déc. 18 janv. 1985, JO 20 janvier 1985)

³ Cons. Constit., Déc.n° 2005-522, 22 juill. 2005, JO 27 juill. 2005, p. 1222 : A. Reygrobellet, Brefs propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant les recours contre la loi de sauvegarde, LPA 2006, n°35, p. 58 ; R. Routier, De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, D. 2005, Chr. 1478

restait néanmoins à savoir comment seraient comprises les dispositions légales assez floues. La jurisprudence leur a donné une ampleur considérable. Ce principe de non responsabilité contribue indirectement mais certainement au régime de faveur du soutien bancaire ou plus largement financier.

Est-ce à dire que les établissements bancaires jouissent d'une faveur particulière ? On en a le sentiment en raison de l'importance du soutien bancaire en pratique. Toutefois (et le Conseil le relève bien) tous ceux qui concourent à la protection du débiteur, en bénéficient. C'est en réalité tout soutien apporté aux entreprises en difficulté qui fonde le privilège et permet d'échapper à la responsabilité.

Ces réserves apportées, il convient de faire état de la multiplication des privilèges, sources de préférence stricto sensu dont bénéficie le banquier (I) et de l'immunité renforcée dans l'octroi de concours dont il jouit, ce qui lui confère une situation privilégiée au sens large du terme (II).

I. La multiplication des privilèges au profit au banquier soutenant l'entreprise en difficulté

L'institution d'un privilège traduit la relativité de la règle d'égalité ainsi que l'observait Michel Cabrillac : « l'existence de sûretés légales est le signe indubitable de la supériorité morale du classement établi d'après la qualité de la créance sur l'égalité »⁴. Or, il existe plusieurs privilèges dont peut se prévaloir le banquier apportant son soutien à une entreprise en difficulté. Cette multiplication des privilèges, si elle peut faire impression, soulève la question du traitement des créances ainsi garanties

A. Les différents privilèges bénéficiant au banquier

Le privilège le plus ancien bénéficie aux créanciers apportant leur soutien au débiteur pendant le déroulement des procédures judiciaires. Un autre privilège récompense le soutien octroyé dans le cadre d'une procédure amiable. Un nouveau privilège, spécifique cette fois au soutien bancaire consenti au débiteur en phase d'exécution d'un plan va être institué.

1. Privilège pour soutien bancaire pendant la procédure judiciaire

Fondé depuis 2005 sur deux dispositions distinctes, les articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce le privilège de la procédure est destiné en principe avant tout à favoriser le sauvetage de l'entreprise en assurant le financement de la poursuite de l'activité et/ou à permettre le bon fonctionnement de la procédure et la conservation et la réalisation des actifs⁵. La qualification de privilège, précédemment écartée par la Cour de cassation, mais retenue par la doctrine a été consacrée par la loi en 2005.

Le soutien bancaire en procédure judiciaire, soutien forcé (résultant de la continuation forcée des contrats en cours) ou « spontané » (issu de nouveaux concours bancaires) est à l'évidence garanti par le privilège de la procédure fondé sur l'une ou l'autre de ces dispositions dès lors qu'il est consenti après le jugement d'ouverture dans le respect des règles de pouvoirs. De telles créances naissent pour les besoins du déroulement de la procédure, de la période d'observation ou du maintien de l'activité.

2. Privilèges pour soutien bancaire en amont et en aval d'une procédure judiciaire

a) En cas de soutien « en aval » dans le cadre d'une procédure amiable

Depuis bientôt 15 ans a été institué un nouveau privilège, fondé sur l'article L. 611-11 du code de commerce, destiné à encourager le soutien financier octroyé au terme ou, depuis 2014, au cours d'une procédure de conciliation terminée par un accord homologué. Tandis que le privilège de la procédure prolongeait la jurisprudence des dettes de masse, accentuant la distinction entre créanciers antérieurs et postérieurs, (rompant en cela avec l'égalité de traitement de tous les créanciers qu'implique l'article 2285 du code civil), le privilège de l'article L. 611-11 apporte un aménagement à la règle de l'égalité au sein des créanciers antérieurs, récompensant les créanciers d'une entreprise en difficulté apportant « les concours nécessaires à la pérennité » de l'activité de l'entreprise. Ce privilège est dénommé, de manière évocatrice, privilège de la « new money ». La loi vise en premier lieu « un

⁴ Il ajoute à propos des sûretés légales (autres) qu'elles témoignent « d'une religion du privilège peu conciliable avec l'existence d'un principe d'égalité qui s'étendrait à tous les créanciers »

⁵ Voir à permettre la subsistance du débiteur personne physique en liquidation judiciaire même après la cessation de toute activité

nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité » avant la fourniture « d'un nouveau bien ou service ». La loi se référant de manière neutre à tout nouvel apport en trésorerie et à la fourniture de biens ou services, le privilège bénéficie à d'autres apporteurs de fonds que les banquiers, associés dans le cadre de leur compte courant notamment ou, désormais, tout autre prêteur⁶. Le privilège ne bénéficie qu'aux nouveaux concours et non aux concours anciens pour lesquels le créancier consentirait des délais de paiement.

b) En cas de soutien post-plan

La loi Pacte du 22 mai 2019, dans son article 60 habilitant le gouvernement à réformer le droit des sûretés par voie d'ordonnance, mentionne en son I 14° qu'il s'agit de « Simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux créanciers titulaires de sûretés dans le livre VI du code de commerce (...) notamment (...) en *prévoyant les conditions permettant d'inciter les personnes à consentir un nouvel apport de trésorerie au profit d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité ou bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement arrêté par le tribunal* ». On ne voit guère, hormis l'institution d'un nouveau privilège, de quelle autre manière pourrait se traduire ladite incitation. Seul « un nouvel apport en trésorerie » est visé, ce qui réservera ledit privilège en principe aux établissements bancaires.

Il en va en revanche différemment de l'incitation à consentir un nouvel apport en trésorerie au débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité. Il s'agit sans doute « seulement » d'améliorer le rang de priorité de ce créancier, ce qui nous conduit à évoquer le traitement de ces privilèges.

B. Le traitement amélioré mais perfectible des privilèges garantissant le soutien bancaire

Le traitement des créances garanties par le privilège de la procédure et le privilège de la conciliation, permet de mesurer l'intérêt du privilège et la portée de l'aménagement au principe d'égalité. Il diffère à certains égards, même s'il a pour point commun de reposer sur un rang de paiement prioritaire en cas de répartition consécutive à la réalisation d'un actif.

1. Le rang des privilèges garantissant le soutien bancaire apporté au débiteur en difficulté.

C'est dans le droit de préférence conféré par le privilège que s'incarne la rupture avec la règle de l'égalité fondée sur l'article 2285 du code civil. Le rang de préférence choisi manifeste quant à lui l'intérêt, plus ou moins grand, porté par le législateur aux créances garanties.

A s'en tenir au rang de classement de ces privilèges, il apparaît que c'est le soutien apporté en amont des procédures judiciaires que celui-ci a voulu plus particulièrement favoriser en le récompensant par un meilleur rang. Les créances garanties par le privilège de l'article L. 611-11 priment toutes les autres créances antérieures, à l'exception des créances superprivilégiées. Elles priment également les créanciers postérieurs, à l'exception des frais de justice postérieurs depuis 2008. Le rang de priorité conféré par l'article L. 611-11 est par ailleurs identique quelle que soit la procédure.

Les créanciers postérieurs privilégiés ne l'emportent plus nécessairement sur tous les créanciers antérieurs, comme avant la loi du 10 juin 1994. Cette primauté sur les créanciers antérieurs titulaires de sûretés avait déclenché l'ire des établissements bancaires au lendemain de l'adoption de la loi de 1985. La loi du 10 juin 1994 opérant un « printemps des sûretés réelles », avait en partie répondu à leurs attentes. Depuis, dans la liquidation judiciaire, l'emportent certains créanciers antérieurs titulaires de sûretés⁷, les créanciers titulaires de sûretés immobilières, générales ou spéciales.

Au-delà de cette compétition entre créanciers antérieurs et postérieurs, il convient de mentionner l'existence d'une hiérarchie « interne » aux créanciers postérieurs privilégiés. Cette hiérarchie constitue un aménagement à la règle de l'égalité, applicable tant aux créanciers postérieurs

⁶ La loi Pacte (art. 95.) a élargi les dérogations au monopole bancaire et favorisé ainsi le prêt entre entreprises

⁷ Créanciers dont la liste a été quelque précisée/modifiée au fil des réformes. Il s'agissait de « sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ».

qu'antérieurs⁸. Le banquier apportant son soutien spontané à l'entreprise en difficulté bénéficie du deuxième rang, après les créances salariales non avancées par l'AGS. Les articles L. 622-17 II 2° / L. 641-13 II 2° mentionnent exactement « les prêts consentis ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 622-13 et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé ». La précision selon laquelle le prêt devait avoir été consenti par un établissement de crédit figurant initialement dans la loi a été supprimée en 2005. Le bénéfice du second rang est subordonné à l'autorisation du juge-commissaire, donnée « dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation ». Une publicité est de plus imposée. A défaut, la créance ne vient qu'au cinquième rang de la hiérarchie interne⁹.

Ce classement, soumis à des conditions trop strictes, ne paraît pas suffisant aujourd'hui. Sont visés les « prêts » consentis, formulation suscitant la controverse entre les partisans d'une interprétation étroite¹⁰, en harmonie avec le principe d'interprétation stricte des privilèges, s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi de 1985¹¹ et, à l'inverse, ceux d'une application large du texte à tout type de concours¹². Une seule décision est rapportée, excluant l'application de rang prioritaire à une ouverture de crédit¹³. Enfin, en visant les prêts *consentis*, le législateur ne permet pas l'application de ce rang favorable en cas de continuation forcée d'un contrat en cours (alors que le deuxième rang est réservé aux contrats poursuivis assortis d'un paiement différé d'un an ou plus). Ces conditions pourraient être prochainement modifiées. Le législateur envisage de prévoir des « conditions permettant d'inciter les personnes à consentir un nouvel apport de trésorerie au profit d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité ».

Le classement au sein de la hiérarchie interne est important. Toutefois cet avantage ne doit pas faire illusion face à la règle du paiement à l'échéance.

2. Le paiement facilité des créances garanties par les privilèges en dehors de tout classement

Les créances garanties par le privilège de la procédure doivent être payées à l'échéance et, à défaut, les créanciers peuvent en obtenir le paiement forcé en faisant prononcer une condamnation et en mettant en œuvre des voies d'exécution.

Dans le même temps, les créanciers titulaires du privilège de la conciliation, créanciers antérieurs, sont soumis à la discipline collective : interdiction des poursuites, obligation de déclaration, interdiction des paiements de la part du débiteur ou des organes de la procédure. Leur sort a néanmoins été récemment quelque peu amélioré pour rejoindre – en partie – celui des créanciers postérieurs. L'ordonnance de 2014 les a fait échapper aux délais du plan. Il ne semble pas que les insuffisances du régime du privilège de la conciliation soient susceptibles d'être corrigées et un paiement à l'échéance envisagé. Si séduisant puisse-t-il paraître, il se heurterait de toute façon également à l'opposabilité des droits de rétention, et céderait face au paiement du réservataire destiné à faire échec à la restitution du bien légitimement revendiqué. Les aménagements apportés au principe d'égalité en faveur de certains créanciers peuvent paraître vains face aux règles permettant de contourner ce principe.

Si l'octroi d'un privilège n'est pas satisfaisant à tous égards, le soutien bancaire est favorisé par un puissant relais, le principe de non responsabilité posé en 2005.

⁸ Elle s'appliquait auparavant aux créanciers de la masse, mais connaissait une exception au profit du Trésor pour les contributions dues en raison de la continuation de l'activité

⁹ CA Paris, 26 oct. 1999 : D. aff. 1999, p. 79

¹⁰ P-M. Le Corre, Dalloz Action, 2019/2020, n° 456-641

¹¹ Le choix avait été fait d'écarter le terme de crédit au motif que les crédits (ouverture de crédit) n'étaient pas contrôlables : Jo Sénat CR, Séance du 13 avr. 1994, p. 1925

¹² F. Pérochon, Entreprises en difficulté, LGDJ, n° 835 ; C. Saint-Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté, Précis Domat, LGDJ 2018, n° 687

¹³ Limoges, 28 avr. 1988, Rev. Dr. Banc. et bourse 1988, p. 206, F. Dekeuwer-Défossez.

II. Un principe de non responsabilité renforcé en cas de soutien d'une entreprise en difficulté

Le principe de non responsabilité posé par la loi de 2005 est énoncé par l'article L. 650-1 du code de commerce. Son interprétation par la jurisprudence a contribué à son renforcement et, partant, à la faveur dont jouissent ceux qui fournissent un concours, en particulier le banquier. La jurisprudence s'est montrée indifférente aux vives critiques formulées par certains auteurs à l'encontre d'un texte allant au-delà des nécessités de la protection du débiteur¹⁴. S'il n'est pas possible de vérifier l'impact positif du texte sur l'octroi de crédit par les banques, en revanche, le cantonnement des actions et surtout des condamnations est patent¹⁵. Dans une seule affaire soumise à la Cour de cassation la responsabilité pour soutien abusif a été retenue¹⁶. Elle ne concernait pas un banquier mais un fournisseur. Le renforcement du principe qui contribue à forger un véritable « bouclier » procède d'une part de l'exigence de causes de déchéance pour le renversement du principe et de leur interprétation stricte, et, d'autre part, de la compréhension large du domaine du texte.

A. Le renforcement du principe par l'exigence de causes de déchéance strictement appréciées

L'affirmation du principe de non responsabilité « sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci » a donné lieu à une controverse sur la portée de la limite posée. Selon une partie de la doctrine, en cohérence avec la volonté du législateur de refouler la responsabilité des banques, il convenait de voir dans ces hypothèses des « cas d'ouverture » nécessitant par ailleurs l'établissement d'une faute¹⁷. Selon d'autres auteurs, ces trois cas constituaient en eux-mêmes des exceptions au principe, donc des cas de responsabilité¹⁸. Les considérer comme de simples « cas d'ouverture », reviendrait à ajouter à la loi une condition non posée par celle-ci. C'est toutefois la première opinion qui a été consacrée par la Cour de cassation en 2012¹⁹. La solution a été réaffirmée plusieurs fois et la jurisprudence a été amenée à préciser les cas d'ouverture.

La fraude a été au cœur de plusieurs affaires soumises à la Cour de cassation : en 2012, elle soulignait la nécessité de l'intention frauduleuse²⁰. Deux arrêts rendus en 2017 éclaircissent la notion. Selon le premier²¹, la fraude suppose la réunion de deux éléments : une action dans le but de préserver ses propres intérêts, mais également un acte déloyal et l'obtention du résultat recherché par tromperie, manœuvres, falsifications ou autres actes répréhensibles, ce qui revient à contrevenir de manière anormale au principe d'égalité. Mais précisément, le simple fait d'obtenir une sûreté pour le remboursement du crédit consenti (qui procède du souci légitime du créancier de préserver ses intérêts) n'a pas été considéré suffisant. Dans l'arrêt 13 décembre 2017²², la chambre commerciale énonce une définition de la fraude qui « s'entend, en matière civile ou commerciale, comme un acte réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive ». L'élargissement, semble-t-il, n'aboutit cependant pas à retenir la fraude, appréciée toujours de manière

¹⁴ F-X Lucas, Manuel de droit de la faillite, 2^e éd. 2018, PUF, n° 208.

¹⁵ B. Thullier, Définition de la fraude et efficacité de l'article L. 650-1 du Code de commerce, BJE mars 2018, n° 115t8, p. 116

¹⁶ Cass. Com. 18 mai 2017, n° 15-25914, D.

¹⁷ Ph. Pétel, La réforme collatérale : les incidences de la modification du droit des procédures collectives par la loi du 26 juillet 2005, in Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes, dir. Y. Picod et P. Crocq, Collection Droit et procédures, Ed. juridiques et techniques, 2006, p. 31, n° 45 ; P. Crocq, Sûretés et proportionnalité, Etudes Simler, D. 2006, p. 291, n° 26

¹⁸ T. Bonneau, Droit bancaire, Précis Domat, LGDJ-Lextenso, 12^e éd., n° 936

¹⁹ Cass. Com. 27 mars 2012, n°10-20077, P

²⁰ Cass. com., 27 mars 2012, n° 11-13536, D

²¹ Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-20288, D : LEDEN avril 2017, n° 110r2, p. 1, F.X. Lucas ; Gaz. Pal. 27 juin 2017, n° 297v3, p. 64, J. Lasserre Capdeville

²² Cass. com., 13 déc. 2017, n° 16-21498 : BJE mars 2018, n° 115t8, p. 116, B. Thullier ; LEDEN févr. 2018, n° 111h3, p. 5, T. Favario ; R. P. C., 2018/3, comm. 127, A. Martin-Serf

restrictive. C'est encore la constitution de sûretés en garantie de prêts qui était en cause. Les juges du fond avaient retenu une faute et fait droit à l'application de l'article L. 650-1 du code de commerce mais l'arrêt est censuré pour manque de base légale, les motifs retenus étant impropres à caractériser la fraude. La solution semble sévère alors que la banque avait obtenu des garanties pour le remboursement de concours dont le risque de non remboursement était manifestement élevé.

Quant à la disproportion des garanties par rapport aux concours consentis, source d'interrogations (quant aux garanties concernées, à la façon d'apprécier la disproportion, à la date à laquelle se placer pour effectuer cette appréciation)²³, elle a donné lieu à très peu de décisions. Un arrêt de la Cour de cassation a par principe écarté la disproportion du cautionnement consenti, en raison de son caractère accessoire qui en limite le montant à celui de la dette garantie²⁴. L'argument n'a curieusement pas été invoqué par les plaideurs dans les affaires précédemment rapportées alors qu'une pluralité de garanties avait été exigée et que la loi ici n'impose pas d'établir le caractère manifeste de la disproportion.

L'immixtion caractérisée dans la gestion a été strictement entendue par la Cour de cassation dans un arrêt du 21 novembre 2018²⁵ : il s'agit « d'actes positifs de direction ou l'exercice d'une influence décisive sur la gestion du débiteur, de nature à constituer une immixtion caractérisée dans la gestion de ce dernier ».

Sensiblement renforcé par l'interprétation stricte de ces causes de déchéance, le principe d'irresponsabilité l'est également par une compréhension large de son domaine.

B. Domaine large d'application du principe

Le principe d'irresponsabilité dans l'octroi du crédit en cas d'ouverture d'une procédure judiciaire fondé sur l'article L. 650-1 du code de commerce²⁶, revêt un domaine étendu²⁷, ce que favorise la lettre large de la loi. Ainsi, visant indistinctement les créanciers, elle a pu être appliquée à d'autres créanciers qu'aux banques. Qui plus est, il a été jugé que peu importait que le créancier ne le soit plus et n'ait pas déclaré de créance à la procédure²⁸.

S'agissant des concours consentis, la jurisprudence les a compris largement. Peu importe que les crédits aient permis le financement de l'acquisition ou du démarrage d'une entreprise²⁹ et le moment où le crédit a été consenti, y compris en période suspecte. En revanche, sont hors du champ d'application de l'article L. 650-1 certaines « opérations » comme la garantie financière immobilière³⁰, solution jugée logique car la garantie financière ne protège pas l'entreprise mais des tiers³¹. La situation devrait être différente en présence d'un « crédit par signature ».

²³ F. Macorig-Venier, Le soutien abusif, in Le banquier au cœur des risques, RLDA fév. 2008, n° 24p. 119 et s., spéc. 122 et 123

²⁴ Cass. com., 18 mai 2017, n°15-12338 : Gaz. Pal. 10 oct. 2017, n° 304w0, p. 74, J Lasserre Capdeville ; BJE sept. 2017, n° 115c8, p. 347, T. Favario

²⁵ Cass. com., 21 nov. 2018, no 17-21025, M-P. Dumont ; Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-13290 :Gaz. Pal. 27 juin 2017, n° 297v7, p. 66, J Lasserre Capdeville

²⁶ Sur la confrontation de ce principe avec le principe d'engagement de la responsabilité lorsque l'entreprise bénéficiaire des crédits est in bonis : B. Saintourens, La responsabilité de la banque pour soutien abusif : la pluralité des risques, R.L.D.C., mars 2019, n° 168, p. 13

²⁷ Cf. A. Gouëzel, Domaine d'application de l'article L. 50-1 du Code de commerce relatif au soutien abusif, Gaz. Pal. 11 juin 2019, n° 353x2, p. 48

²⁸ Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-12596, P : Gaz. Pal. 15 janv. 2019, n° 339s0, p. 77, J. Lasserre Capdeville ; JCP E2019. 1000, n° 20, A. Tehrani ; LEDEN nov. 2018, n° 111y6, p. 2, F. Mélin ; BJS déc. 2018, n° 119e3, p. 705, J. Lasserre Capdeville ; JCP E 2018. 1649, G. Le Noach

²⁹ Cass. com., 3 nov. 2015, n° 14-10274 et 14-18433, D : JCP E 2016, p. 1198, n° 17, Pétel P. ; Gaz. Pal. 19 janv. 2016, n° 254r1, p. 74, R. Routier ; BJE janv. 2016, n° 112y9, p. 48, Favario T. ; RPC 2016, n° 100, A. Martin-Serf

³⁰ Cass. com., 24 mai 2018, n 16-26387, FS–PB LEDEN juill. 2018, n° 111u0, p. 5, E. Mouial-Bassilana

³¹ A. Gouëzel, précit.

Les concours donnant lieu au principe de non responsabilité concernent enfin les délais selon la jurisprudence³². L'interprétation large du terme de concours contraste avec la solution légale applicable au privilège de la conciliation qui ne joue pas pour les délais.

Le principe de non responsabilité exonère le banquier de toute responsabilité même au-delà des crédits consentis dans le cadre de la procédure de conciliation et des procédures judiciaires. Il concerne rétrospectivement tous les concours consentis à une entreprise qui est ensuite soumise à une procédure judiciaire et pas seulement les concours consentis dans le cadre des procédures de conciliation ou des procédures judiciaires. Il avait pourtant été initialement imaginé pour s'appliquer à la première hypothèse.

Cela atteste d'un décalage entre le domaine de l'article L. 650-1 et celui de l'article L. 611-11. Il s'avère que l'aménagement à la règle de l'égalité résultant de l'octroi du privilège de l'article L. 611-11 ne coïncide pas avec l'aménagement au principe de responsabilité résultant de l'article L. 650-1 du code de commerce qui était pourtant censé simplement le conforter.

³² Cass. com., 9 mai 2018, n° 17-10965, D : Gaz. Pal. 10 juill. 2018, n° 328w6, p. 61, J. Lasserre Capdeville